RESPONSORIA IVRIS ALLEGATIO.

POR D. FRANCISCO DE LA MILLA BARVA, CAVALLERO DE LA ORDEN DE ALCANTARA,

EN EL PLEYTO

CON DON IVAN CARO DE GVZMAN, VEZINO DE CARMONA.

Dominus illuminatio mea.



OMITO la relacion de el hecho, y clauſulas de la fundacion, porque eſte papel và a la ſombra de otro docto y erudito, que ſobre eſte pleyto eſcriuio el Licenciado D. Iuan de Oliuer Abogado de eſta Real Audiencia, en el qual deſde el numero primero haſta el numero onze, lo refiere con inſercion de dichas clauſulas, donde ſe puede ver.

1 Que la contienda de eſte pleyto ſea ſobre Mayorazgo, y que ſu deciſion ſe deua gouernar por los principios, leyes, y coſtumbres de los Mayorazgos de Eſpaña, no recibe duda: porque aunque en toda la contextura de la clauſula de fundacion, el inſtruydor no tomò en la boca la palabra *Mayorazgo*, vſò en muchas partes de la palabra *Vinculo*, vt patet

ex clausula fundationis, ibi: *E vinculos que yo ordeno.* Et ibi: *Herede el dicho Vinculo.* Et ibi: *Y la dexe despues jũta, y vinculada a su hijo.* Et ibi: *Que las dichas tierras queden vinculadas.* Et ibi: *Que el postrero posseedor del dicho vinculo.* Et ibi: *A los posseedores de las dichas tierras, y vinculo.* Et in secunda clausula, ibi: *Sobre las tierras que yo dexo vinculadas.* Et ibi: *Porque aya entero efecto, y cumplimiento el dicho vinculo, que yo dexo ordenado en este mi testamento.* Et apud nostrates constitutissimũ est, que la palabra *Mayorazgo*, y la palabra *Vinculo*, son sinonomas, y que significan vna mesma cosa de consuetudine, & communi vsu loquendi, y que las leyes que hablan en los Mayorazgos, proceden sin distincion en los Vinculos. Ita tenent, & comprobãt Mieres *de maiorat. in initio. 1. part. num. 4. & tribus sequentib.* Angulus *de meliorat. l. 11. glos. 5. num. 2.* Azeuedo *in Rubr. tit. 7. lib. 5. nouæ recop. num. 6. in fine.* D. Ioannes del Castillo *lib. 2. contro. cap. 22. num. 42* ibi: *Vt procedat, non solùm si Maioratus mentio fiat, sed etiam si Vinculi mentio facta sit: vt idem ius obseruari debeat quoties vocato aliquo, vt suprà diximus, bona vinculãtur, aut ea lege in aliquem deferuntur, vt ea obtineat, & habeat vinculata, aut iure, & ratione Vinculi possideat illa, cum Maioratus, & Vinculum de consuetudine, & communi vsu loquendi idem significent, & leges loquentes de Maioratu pariter procedant in Vinculo.* Et repetit idẽ Castellus *in tom. 5. cap. 143. num. 20.* Addens superiùs relatis Gutierrez, Flores de Mena, Molinam Theologum, Aluarad. Perez de Lara, Christophorũ de Paz. Luego aunque nuestro Fundador no aya vsado de la palabra *Mayorazgo*, sino de la palabra *Vinculo*; su disposicion se deue tener por de Mayorazgo, y regularse por las leyes, y reglas de tal: y esto no lo niega, ni puede el dicho D. Iuan Caro de Guzman.

2 Insuper constitutissimum est apud omnes leges, & consuetudines Maioratuum Hispanorum calentes, que el que dize en España *Mayorazgo*, o *Vinculo*, dize sucession perpetua, etiam vsque ad millessimum gradum, & vltra tam descendentium, quàm transversalium de genere institutoris in infinitum, vt cũ Paulo de Castro, Parisio, & alijs resoluet Burgos de Pax Iunior *in qq. ciuili b. q. 2. num. 118. per tot.* Molina *de primogenijs lib. 1. cap. 4.* Cobarr. *vari. lib. 3. cap. 5. num. 6.* vt expenditur per Castellum eum, & reliquos in sequentem, *d. cap. 22. num. 7. & num. 21.* Flores Diaz de Mena *variar. lib. 1. cap. 18. num. 19.* Et repetit

petit Castellus *d.cap.143.nu.5.* & vt dixit Molinus *de ritu nup. lib.3.q.23.num.16.* Maioratus appellatione perpetuitas quædã veluti in rem scripta designatur. Consentit Castellus *d. cap. 143. num.10.*

3 Y es tanta la fuerça de la perpetuidad de los Mayorazgos, o Vinculos de España, que aunque el instruydor no haga todos los llamamientos necessarios para la perpetuidad del Vinculo, o Mayorazgo, se tienen, y juzgan por hechos ex præsumpta voluntate institutoris, etiam ad fauorem transuersalium, ne pereat, & extinguatur Vinculum, seu Maioratus attẽta natura Maioratus, seu Vinculi perpetuatem appetens realem, vt relatis Petro de Peralta, Costa, Padilla, Tello, & alijs docet Cobarr. *d.cap.5.num.2.* Burgos de Paz *conf.2.num.75.& conf.44.nu.5.* Burgos Iunior *d.q.2.per tot.* Ant. Gomez *in l. 40.* Tauri, *nu. 59. & num.64.* Molina *d.cap.4 ferè per tot.& cap.5.num. 20, & 21.* Aluaradus *de coniectur.mente def.lib.2.cap.3.§. 3.nu. 6.* Mieres *de Maior.p.1.q.48.num.22.& 4.p. q. 14. num.16.* Matienzo *in l.1.tit.7.glos.7.lib.5.nouæ recop.* Azeuedo *vbi sup.num. 3.* Castellus *d.cap.22.num.39.& tomo 5.d.cap.143.num.11.*

4 Y aprietan los Regnicolas tanto este punto, que tienen por opinion assentada en los Mayorazgos, y Vinculos de España, q̃ aunque se hallen expressamente excluydas las hembras por el Fundador, todavia admitti debent omnibus masculis deficientibus, ne pereat, & extinguatur Vinculum, & Maioratus bonis liberis remanentibus, hoc in casu lege vocationem supplente, etiam fauore transuersalium, vt ex omnium Doctorum resolutione defendunt tanquam verissimum, Mires *de Maior. 1. p. q.2.num.16.* & latiùs *2.p.q.6.num.183.* Sesse *decis.308. á num. 9* Molino *de ritu nup.lib.2.q.24.num.196.& num.216.* Valenzuela Velazquez *conf.40.num.3.* D. Castellus *tom.5.cap.92.nu.12.* & latiùs *cap.143.§.vnico, à num.4.* Fusarius *de substit. q. 311. num.45.* Fontanel. *de pact.nupt.tom.1.claufsul.4.glos.25.nu. 17. & 18.* Noguerol. *allegat.23.num.173.* Perez de Lara *de vit.hom. cap.30.num.112.* Y se fundan en dos razones juridicas. La primera es, que el caso de no auer varon alguno, y auer solamente hembras, no lo preuinieron los Fundadores, ni literalmẽte dispusieron lo que en tal caso se auia de hazer: y quando es caso omitido, se presume dexarlo a lo dispuesto por derecho. *l. commodissimè. ff. de liberis, & postumis,* cum vulgatis. Y lo que por derecho està dispuesto, es que a falta de varones sucedan las

hem-

hembras, mayormente si en esse mismo caso de no auer varones, no se hallan excluydas expressamente, vt latè, & perdoctè probat Molina *de primog. lib. 3. cap. 4. nu.* 1. Mieres *de Maioratib. 2. p. q. 6. num.* 21. Fussarius *vbi sup. q.* 385. *à num.* 3. Castellus *lib. 2. controu. cap. 4. num.* 158. *&* 159. *& lib. 3. cap. 19. num.* 146. La segunda razon es, porque si a los Fundadores se les preguntára, que se auia de hazer en caso que no huuiesse varon alguno, pues dexauan excluydas las hembras? No es duda que respōderian, que sucediendo tal caso, se admitiessen las hembras, porque se perpetuasse el Mayorazgo, y no quedassen los bienes libres contra el fin principal que tienen todos los que fundan Mayorazgos, de perpetuar su memoria, y el lustre de su familia: y conforme a derecho se tiene por dispuesto, y ordenado lo que en duda el testador, o disponente respondiera si se le preguntàra. Glossa cōmuniter recepta *verbo, Exceptionem, in l. tale pactū §. fi. ff. de pactis.* Latè Castellus *lib. 1. controu. vlt. vol. cap. 12. per totum.* Y en este caso la ley suple la substitucion, o llamamiento de las hembras, etiam si expressè exclusæ reperiantur. Y dizen bien que aunque ex lege fundationis amisserint ius ad Maioratum, admitti tamen debent ex dispositione iuris eas includentis in defectum omnium masculorum. *Arg. l. si filius qui patri* 42. *ff. de bonis libert.* docuit Oldradus *cons.* 16. *num.* 4. Noguerol *d. alleg.* 23. *num.* 175.

5 Sed in lite presenti quorsum hæc? dicet aliquis, supuesto q̄ tenemos (como pretende el dicho Don Iuan Caro de Guzman) voluntad clara del Fundador, de que acabada su generacion, se acabe el Vinculo, y queden los bienes libres. Clamantq; iura, & Doctores, quòd in claris non est locus coniecturis ex vulgatis. A que respondo, que el auer hecho memoria de principios tan llanos en materia de Mayorazgos de España, ha sido para dos efectos: el vno, dexar assentada la perpetuydad que por su naturaleza tienen los Vinculos, y Mayorazgos de España, porque lo tengo de ponderar, valiendome della por fundamento de lo que en el discurso de este papel he de dezir en fauor de la justicia de Don Francisco de la Milla. Y el otro, para que se vaya cō aduertencia (importante para la resolucion, y decision de el punto de este pleyto) de que Don Francisco de la Milla intenta la duracion, y perpetuidad de este Vinculo, ajustandose a la voluntad presunta del instituydor: y Don Iuan Caro de Guzman intenta la extincion, y feneccimiento del dicho Vinculo, y

que

que los bienes queden libres, que es dura prouincia en que tiene contra si la presumpcion legal, y necessita de vna voluntad expressa, y clara en contrario, y no deducida por argumentos fragiles, y que forcejan contra lo literal de la clausula, y presumpcion de el derecho, como adelante fundaremos con euidencia.

6 His igitur conducibiliter præiactis, dize Don Francisco de la Milla, que si se ha de obseruar, y executar la voluntad del Fundador (como de iure se deue executar) que su derecho es claro a la sucession de este Vinculo, por se hallar llamado literalmente por el Fūdador, y arguye assi (sylogismo in Dari, que llaman los Dialecticos) El Fūdador manda que si los hijos murieren sin tener hijos legitimos auidos de legitimo matrimonio, sucedisse en el Vinculo, y tierras su pariente mas cercano: sed sic est, q̄ yo soy pariente del dicho Fundador: luego soy llamado expressamente a el dicho Vinculo, y no ha llegado el caso de que los bienes queden libres, aunque no aya descendiente alguno de el Fundador. Consequentia est legitima, minor probatur ex actis, nec inficiatur aduersarius: maior propositio patet ex verbis clausulæ fundationis, ibi: *Y si mis hijos murieren sin tener hijos legitimos auidos de legitimo matrimonio, que las dichas tierras queden vinculadas a el pariente mas propinquo de mi descendencia, y generacion, el qual las possea, y goze.* Habemus igitur intentum.

7 Para enervar la fuerça de este argumento, pondera D. Iuan Caro de Guzman en su informe desde el numero 13. vsque numero 17. inclusiuè, que no tiene dissonancia que los Vinculos, y Mayorazgos por su naturaleza pidan perpetuidad, y que aya algunos que por disposicion, y voluntad de los Fundadores seā limitados ad certos grados, & personas: y esto ni nos obsta, ni le lo negamos, si bien se deue entender cum grano salis, conuiene a saber, si assi lo huuiere querido el Fundador, y mandadolo expressa, y claramente, vt latè explicat Dominus Castellus *d. tom. 6. cap. 143. §. vnico ferè per totum.*

8 Y prosigue en el numero 18. queriendo aplicar esta resolucion a los terminos de este pleyto, y dize, que el Vinculo de que se trata, fue limitado a los descendientes del Fundador; y q̄ auiendose acabado todos los descendientes, llegò el caso de quedar los bienes libres en el vltimo posseedor, en fuerça de aquellas palabras de la clausula primera, ibi: *Y declaro, que si de mi*

mi no huuiere generacion que herede esta dicha tierra, que el postrero posseedor del dicho Vinculo, e tierras las dexe, y mande a quien quisiere. Y para que no le obste el llamamiento expresso del pariente mas cercano, pondera, que no solo dixo el Fundador que sucediesse su pariente mas cercano, sino que añadiò por calidad, que auia de concurrir en el tal pariente el ser de su descendencia, y generacion; y que no verificandose en el dicho Don Francisco de la Milla la calidad de ser descendiente del dicho Fundador, y de su generacion, le puede oponer muy bien la objecion que comunmente se haze en semejantes materias, conviene a saber, de te non loquitur substitutio.

9 Sed nihil insubtiliùs (ne dicam absurdiùs) facillimo quippè negotio convincitur; porque en sentido muy proprio, y significado riguroso, la palabra *Generacion*, significa la generacion pasiua de el Fundador, hoc est, a su padre que le engendrò, y a los demas ascendientes y descendiẽtes de ellos. Y el ser esto asi se prueba con euidencia en el informe de derecho que en el pũto deste pleyto hizo por el dicho Don Francisco de la Milla el Licenciado Don Iuan de Oliuer, Abogado desta Real Audiencia, desde el numero 13. hasta el numero 29. inclusiuè, que se aya aqui por expresso, ne alienis laboribus nostras paginas occucupare videamur.

10 Lo mesmo procede en la palabra, *Descendencia*, que el testador juntò con la palabra *Generacion*, porque tambien se deue entender de la descendencia pasiua del mismo Fundador, que tenia respeto de sus padres de quien èl descendia. Y este es el comun modo de hablar. Como quãdo dezimos: Fulano tiene su descendencia de las Montañas, Vizcaya, Francia, o Alemania. Que es lo mismo que dezir: Desciende, y tiene su origen de las Montañas, &c. Y de la misma formula dezimos: Pedro tiene su descendencia ex iudæis, vel ex parentibus nobilibus, seu ex sanguine immaculata: como vemos lo vsò en diferentes partes de su tratado *de puritate, & nobilitate*, Escobar à Corro *parte 1. q. 8. §. 2. num.* 62. ibi: *Vt est descendentia ex veteribus Christianis, & q. 10. §. 2. num.* 16. ibi: *Descendentia àquacumque origine, seu stirpe ritê per famam probatur.* Et alibi passim. Y en este mesmo sentido, y significado vsò de la palabra *Descendencia*. Rota Rom. in recollectis per Farinacium *part. 1. decis. 274. nu. 8.* vbi sic inquit, & summat: *Descendentia in iure Patronatus sufficit quod probetur ab illis, qui aliás præsentarunt.* Y para que no se dude desto pondero

dero la pragmatica de los tres actos positiuos en materia de limpieza, o nobleza, data Matriti â 10. de Febrero de 1623. que vsò de la palabra *Descendencia* en este sentido, y significado, vt patet §. 20. in illis verbis *Y baste probarse la descendencia de las personas que obtuuieron los dichos tres actos, al modo que se platica en las Hidalguias.*

11 Y quando confessaramos que las dichas palabras, *Descendencia, y Generacion*, son aptas a entenderse tambien de la descendencia, y generacion actiua, y efectiua: en los terminos deste pleyto no se pueden recebir, ni entender en esse significado: porque la palabra *Pariente*, a quien se juntan en dicha clausula, no quadra, ni puede aplicarse a los descendientes de el Fundador por muchas razones. La primera, porque en buena locucion no se nombran, ni dizen parientes del padre los engendrados por el, y que por linea recta descienden de el: porque estos tienen sus nombres peculiares con que se nombran, assi en propiedad, como en vso, y modo de hablar comun, como son hijo, nieto, bisnieto, y los demas grados de descendencia; sin que ayamos visto escrito, ni oydo llamar a los que descienden por linea recta, parientes de aquel que dà principio a la linea recta: y a quien solamente llamamos parientes en comun vso, y estilo de hablar, son a los transversales, que no son de la linea directa efectiua, sino de la linea contentiua, en que se comprehenden, como es notorio, todos los transversales, assi agnati, como cognati, masculti, & fœminæ. Ita Petris *d. interpret. 2. dubit. 1. solut. 11. num.* 57. Menoch. *d. præ.* 88. *num.* 18. Peregrinus *de fidei. art. 22. num.* 31. Castellus *d. cap.* 93. §. 18. *num.* 11. Rota per Farin. *dec.* 482 *p.* 1. *num.* 1. ibi: *Quia appellatione parentum propter subiectam materiam, & communem vsum loquendi nõ est intelligendum de patre, & matre codicillantis, sed de agnatione, & familia ipsius.* Y la comun resolucion de todos los interpretes del derecho, nos enseña, que las palabras, y nombres se deuẽ receuir in eo significatu, & sensu, quo communiter, & generaliter accipi solent. *l. liberorum.* 52 §. *quid tamen. ff. de leg.* 3. *l. cum de lanionis.* §. *item Caccabos, versi. Optimum ergo, de instru. vel instr. leg. l. Labeo.* 7. §. *Iubero.* 1. *ff. de suppel. leg. l. cum inte.* 6. *C. de donat. ante nup.* Cobarr. *in cap. alma mater. p.* 1. §. 8. *num.* 5. *de sent. excom. lib.* 6. Salaçar *de vsu, & consuet. cap.* 1. *num.* 85. & 86. Mieres *de Maior.* 1. *p. q.* 65. *num.* 49. Surd. *consl.* 313. *num.* 85. & *consl.* 454. *num.* 19. Escobar á Corro multis cumulatis *in tract. de puri. & nobi. p.* 1. *q.* 4. *in prin. num.* 2.

Lo

12 Lo segundo, porque no se puede negar en mi juyzio, que es violentissimo contra principia iuris, & sensus hominis, el querer que el dicho llamamiento de pariente mas cercano lo hiziesse el Fundador, solo para comprehender el nieto, y sus descendientes y no para llamar a sus parientes transversales; siendole facil el mandar con palabras claras, que despues de los hijos que dexaua llamados, y los descendientes de ellos, entrasse el nieto, y sus hijos, y descendientes, conque nos diò a entender, que no lo queria, ni procedia de su voluntad: porque es principio llano que se presume no quiere el testador aquello, que si lo quisiera, le fuera facil expressarlo. *l. vnica. §. sin autem ad deficientis. C. de cadu. toll.* Et sic argumentantur Doctores in mille locis, vt dixit Castellus *quoti. lib. 1. cap 4. num. 24.*

13 Præterquam quod, si el dicho llamamiento de pariente lo huuiera hecho a fin de llamar a el nieto, y no a los transversales (vt minus rectè contendit aduersarius) es fuerça dezir, que in continenti se correxit, & mutauit voluntatem testator: porque pocos renglones mas abaxo excluyò al dicho nieto, vt patet ex clausula, ibi: *Porque es mi voluntad de desheredar en el dicho tercio, y quinto a Diego mi nieto, hijo de Eluira Gonçalez mi hija difunta, y de Hernan Caro, el qual mando que del no goze.* Y semejantes correcciones, y mudanças de voluntad no las admite el derecho in casu dubio, nisi repugnantia sit ineuitabilis, & tan ta, sicque pręcisa, quòd nullo modo tolli possit, vt probat *text. in l. non ad ea. ff. de condit. & demonstrat.* vbi glossa. Menoch. *de præs. lib. 6. præ. 37. num. 9.* Et cum Baldo, Craueta, & alijs dixit Cassanate *cons. 10. num. 98.* latè Surd. *cons. 179. num. 16.* Et passim Doctores. Luego para que euitetur correctio in continenti, & mutatio voluntatis, es fuerça dezir, que el dicho llamamiento de pariente no fue para llamar a el nieto, sino solo para los transversales de su generacion contentiua.

14 Lo tercero, porpue si el dicho llamamiento de pariente mas cercano, en fuerça de las palabras *Descendencia, y Generacion,* lo queremos restringir de modo que solo comprehenda persona descendiente por linea recta del Fundador derechamente: opugnamos, y destruimos in dubio la voluntad presumpta del Fundador, de que fuesse el Vinculo perpetuo, y quebrantamos la genuina naturaleza de los Vinculos, y Mayorazgos de España; esto es, el perpetuarse la sucession in infinitum en los descendientes, y a falta dellos en los transversales, como funda-

mos

mos largamente en este papel, desde el numero 2. hasta el numero 7. admitiendo por esta razon los interpretes del derecho, todas las especialidades que alli referimos, por escusarlas aqui: lo qual de ninguna manera in dubio (secus in claris, vt diximus suprà) se puede admitir ex multis rationatibus. Primò, quia quoties ex vno significatu verborũ conseruatio iuris inducitur, & ex alio significatu mors, & interitus admitti debet, ex quo conseruatio inducitur, & reijci qui mortem, & extinctionem inducit: Latè Caldas *de renouationib. q. 4. num.* 13 Paulus de Castro *cons.* 109. *col.* 1. *lib.* 1. Craueta *cons.* 1000. *num.* 36. Cassanate *cons.* 10. *num.* 131.

15 Secundo, quia in dubio verba non mutant naturam actus, sed natura ipsius trahit ad se verba. Ita Lassarte *de decima vendit. cap. 4. num. 36. & cap. 9. num. 37.* Gironda *de Gauellis p.* 11. *num.* 28. Valdes in *addit. ad. Xuarez, tit.* 22. *num.* 13. Cassanate *cons.* 10. *num.* 121. Et fauorabilior, potentior, & præferenda dicitur interpretatio, quæ ius, & actum conseruat. *l. homo modo. ff. de condit, & demonstr.* Baldus *in l. hac consultissima. C. de test.* Aretinus *in l. si Rufinus*, vbi Decius *num.* 11. *ff. de test. milit.* Craueta *cons.* 1000. *num.* 36. Cassanate *cons.* 10. *num.* 131.

16 Tertio, quia omnis actus censeri debet perpetuus potius quâm temporalis. *l. sufficit. ff. de condict. indeb. cap. cum venissent, de institut.* latè Burgos de Pax Iunior. *q. ciuili.* 2. *num.* 101. Et loquentes de Vinculo, seu Maioratu Hispaniæ, quod eius natura est quod debeat esse perpetuus, & in dubio ita iudicandum sit, quando aliud non apperet, nec repugnat, docent ex Baldo, & Decio Greg. Lop. *in l. 2. tit. 15. p. 2. verbo. El mas propinquo pariente.* Didacus del Castillo *in l. 27. Tauri, verbo, Para siempre, & in l. 46. verb. Todas.* Señor D. Iuan del Castillo *d. cap.* 22. *num.* 37.

17 Quarto, quia quilibet actus presumitur factus secundùm suam naturam, & ab ea recipit interpretationem. *l. quæro. §. interlocutorem:* & ibi Bart. *ff. locati.* Menoch. *lib. 3. præs. 88. & lib. 6. præs.* 10. Castellus cum multis *tom. 5. cap. 85. num.* 11.

18 Quinto, quia verba intelligi debent secundùm subiectam materiam, & vt naturæ actus, in quo posita conspiciuntur, deseruiant etiam à propria eorum significatione recedendo. Ita Tiraquelus *in l. si vnquam. verb, Libertis, num. 54. C. de reuo. donat. & de retractu linag. §. 1. glossa 14. num. 8. & §. 31. glos. 1. num.* 36. Socinus *cons. 88. in prin. & cons. 156. num. 2. lib.* 2. Cra-

ueta

ueta *cons.20.num.5.* Cassanate multis relatis *cons.45.num.101.* latè Castellus *tom.5.cap.82.num.7.& cap.86.num.10.*

19 A que no obsta la ponderacion que de cōtrario se haze en el numero 19.en aquellas palabras de la clausula. *Y declaro que si de mi no huuiere generacion que herede la dicha tierra, el postrero posseedor del Vinculo la dè a quien quisiere.* Conque dize quitò el Fundador la duda que podia quedar en la libertad de los bienes, despues de acabados los llamados: porque venimos en esto mesmo, pero no en que se ayan acabado los llamados, pues està en el mundo Don Francisco de la Milla, vno de los llamados en virtud de las palabras de la clausula que dexamos ponderadas, ibi: *Y si mis hijos murieren sin tener hijos legitimos, las dichas tierras queden vinculadas a el pariente mas propinquo, &c.*

20 Y menos obsta la diferencia que se pondera hizo Angulo de meliorationibus, leg. 11.glos. 11. queriendo que la perpetuidad que piden los Mayorazgos, y su naturaleza procede solo en los que se fundan con facultad Real, pero no en los que se fundan por via de mejora de tercio y quinto, en virtud de la facultad que para ello concede la *l.27.de Toro,* porque en estos solo se obseruan los grauamenes que el testador pone. Porque se responde, que la diferencia que Angulo hizo en el lugar citado, como agena de fundamento, la reprueba, y con euidencia la conuence el señor D.Iuan del Castillo *tom.6.cap.143 §.vnico, nu.3. in principio.* Y quando huuieramos de estar por la doctrina de Angulo, quid ad rem præsentem? Supuesto que no dudamos de que el Fundador pudo, si quisiera, limitar los llamamientos en conformidad de la dicha *l.27.de Toro:* y lo que dezimos es, que no tuuo voluntad de limitarlos, pues llamò a su pariente mas cercano a falta de sus hijos, y descendientes dellos, siguiendo la formalidad de la mesma ley, que a falta de los hijos legitimos, y a falta dellos de los naturales, se pueda llamar a el Vinculo de la mejora de tercio y quinto a el pariente. Y quando esto tuuiera alguna duda, assi se deuiera entender, porque en duda siépre se presume que el testador se quiere conformar con lo dispuesto por derecho, y con las reglas, y naturaleza del acto que haze, o dispone. *l.si duo.ff.de adq.hæredit.* Et ibi Baldus, *& in l. precibus.C.de imp.& aliis substit.* Et plenè firmauit Menochius *de præs.lib.4.præs.fin.* Mātica *de cōiect.vlti.vol.lib.6.tit.6.à princip.* Mieres *de Maiorat.initio.2.p.num.15.& 16.& q.6.nu.147. & num.50.* Burgos de Paz *cons.29.num.21.* latè Castellus *tom.4.*

cap.

cap.35.per.tot. Y siendo tan proprio de la naturaleza del Mayorazgo su perpetuidad, y duracion, saltim ex voluntate testatoris à lege presumpta, vt suprà latê stabilitum remanet, no ay razon que fundamento tenga para limitar en el caso presente la perpetuidad, y duracion de el dicho Vinculo, aunque la materia alguna duda tuuiesse, que no la tiene, ni mas de la que ha querido introduzir el dicho D. Iuan Caro de Guzman con inteligencias violentas, vt patet ex dictis suprà, & infra dicendis.

21 Lo quarto, porque la palabra *Linage*, y la palabra *Generacion*, son sinonomas, de modo que lo mesmo es dezir generacion, que linage, vt apud omnes incompertũ est: sed sic est que quando el Fundador dize: Sucedan los de mi linage, aunque no diga expressamente mis parientes, se comprehenden, y juzgan por llamados todos los transversales, docente Petra *de fideicommissis, q.5.num.*183. Lara *de Cap. lib. 2.cap. 2. num. 22. & 23.* Castellus *d.cap.22.num.*88. *& lib.5.cap.93.§.21. num.* 7. Ergo en el llamamiento de los de la generacion se comprehenden los transversales della en sentido contentiuo, y no solamente efectiuo.

22 Lo quinto, porque quando el testador dize expressamente que los bienes remaneant in agnatione ipsius: o dize que sus agnados sucedan, es question: Vtrùm intelligatur de agnatione testatoris effectiua, & actiua tantùm? An verò de contentiua, & passiua, ita vt omnes transversales, salua gradus, & lineæ prærogatiua, censeantur vocati? En que ay dos opiniones cõtrarias, que refieren Mantica *lib.8.tit.12.num.12. coniect. vlti. vol.* & alijs plures. Pero la mas comun opinion, es, que se entiende tam de effectiua, quàm de contentiua, ita vt si faltaren de la linea, y agnacion efectiua, sucederàn los de la contentiua, vt docent Mantica *vbi proximè*, Menochius *de præs.lib.4.præs.*88 *.num.*19 *&* 20. Dominus Castellus *d.cap.*93 *§. 16.num.*44. Y estos citan otros muchos, que sienten lo mesmo. Y esta opinion respeto de los Mayorazgos de España, procede con menos dificultad, atenta perpetuitate, & duratione, quam ex sui natura appetit Maioratus, siue Vinculum en España: y assi lo aduirtiò D. Castellus *d.§.* 16. *num.* 45. Porque si se limita a la agnacion efectiua, y actiua, mucho menos tiempo duràra el Vinculo, o Mayorazgo, que duràra â communiter accidentibus, si se entiende de la agnacion contentiua, y dà lugar a que sucedan los transversales. Luego por la mesma razon, aunque confessemos que la palabra

labra *Generacion*, no solamente se deue entender contentiuè, & passiuè, sino tambien effectiuè, & actiuè. En el caso deste pleyto, por ser de Vinculo, y Mayorazgo, se deue entender de generacion contentiua, & passiua; por q̃ deste modo consulitur perpetuitati Maioratus, seu Vinculi, & præsumptæ voluntati testatoris; quam presumptam voluntatem excludere non possumus, nisi verbis claris, & expressis contrarium testator disposuerit.

23 Lo sexto, porque la palabra *Generacion*, y la palabra *Familia*, tambien son sinonomas, y es lo mesmo dezir a los de mi generacion, que el dezir a los de mi familia, vt diximus sup. nu. . Y llegando a inquirir los DD. si la palabra *Familia* se deue entender de efectiua, & actiua tantùm, vel etiam de contentiua, & passiua, de suerte que se deuan tener por comprehendidos, y llamados los transversales del mesmo testador? Se diuiden en dos opiniones. La vna està por la efectiua tantùm, y la otra por la contentiua en falta de la efectiua, y esta vltima opinion es la mas receuida. Et veriorem affirmantes sequuntur multis relatis Simon de Petris *de interpret. vlt. vol. lib. 3. interp. 2. dubit. 1. solut. 11. num. 25. & 26.* Peregri. *de fideicom. art. 22. num. 26.* Mantica *de coniect. vlt. vol. lib. 8. tit. 12. num. 6. §. 8. & 12.* Menoch. *d. præs. 88. à num. 2.* Fusarius *de substitut. q. 351. num. 1.* Valenzuela Velazquez *cons. 40. num. 37.* D. Castellus *d. §. 18. num. 10.* Et probatur apertè *in l. final. C. de verb. signif. l. cum ita. §. in fideicommisso. l. peto. § fratre. ff. de leg. 2. l. pronuntiatio. §. familiæ. Versi. Communi iuri & in fi. ff. de verb. sig.* in quibus locis patet appellatione familiæ transversales contineri. Y la que se deue practicar en los Mayorazgos, y Vinculos de España, por las mesmas razones que dexamos apuntadas vbi proximè circa verbum *Agnation*, & in terminis aduertit D. Castellus *d. §. 16. num. 11.*

24 Sin que obste la doctrina de Fussario en el cõsejo 169. *nu. 36.* donde parece, que auiendo reconocido ser mas receuida, y verdadera opinion la que està pro contentiua, & passiua, la quiso limitar en caso que el testador, junto con la palabra *Familia*, vse de otro adjunto possessiuo, silicet *mea*, vel *sua familia.*

25 Porque se responde. Lo primero, que Fussario en el lugar citado pocos numeros antes, con euidencia sintiò lo cõtrario *nu. 16.* in illis verbis: *Vocatis verò descendentibus de familia ex propria, & clara verbor. significatione, veniunt descendentes testatoris, qui tamen sunt de ipsius familia, vt suprà ostendimus, & maximè des-*

descendenti della famiglia: si enim testator voluisset significare descendentes etiam ab alijs, de sua familia dixisset. Donde notò aquellas palabras. *Si enim testator voluisset significare descendentes etiam ab alijs, de sua familia dixisset.* Las quales en buena construccion gramatical hazé este sentido. *Porque si el testador quisiera significar los descendientes no solo suyos, sino los descendientes de otros, huuiera dicho de su familia.* Ergo apertè docet Fussarius, que el que llama a los de su familia con la palabra possessiua *sua*, no solo llama a sus descendientes, sino a los descendientes de otros, que es fuerza sean los transuersales.

26. Lo segundo se responde, que la opinion que parece sigue Fussario despues en el numero 36. parum sibi constans, es reprobada per Peregrinum *de fideicom. art. 22. num. 26. & cons. 149. num. 10. lib. 5.* Manticam *vbi sup. lib. 8. tit. 12. num. 12 versic. sed ego.* Decianum *cons. 86. num. 18. versi. 3. lib. 3.* D. Castellum *d. §. 16. num. 17. ibi: Tertio etiam existimamus ex dictis hactenus, & duobus locis Molinæ præcitatis, cæterorumque resolutionibus Auendañi, inquam Molinæ, & Valenzuelæ satis manifestè deduci, ex eo solùm, quod testator ad successionem bonorum familiam suam vocauerit, siue familiæ suæ fideicommissum relinquerit, nequaquam videri agnationis rationem habuisse, siue agnationem suam conseruare voluisse, sed ex communi intelligentia, loquendique vsu communi, ex coniectura quoque voluntatis præsumptæ, tã fæminas, quàm masculos admitti, & tã collaterales, aut transuersales, quàm descendentes.* Y en especial en los Mayorazgos de España no se puede admitir la opinion de Fussario, porque se opone a la naturaleza de los Mayorazgos de España, que piden perpetuidad, y duracion, etiam vsque in infinitum ex voluntate testatoris à lege præsumpta, como mas largamente arriba dexamos dicho.

27 Lo tercero se responde, que el mesmo Fussario en el tratado *de substitutionibus, q. 351. num. 32.* limitò su opinion que auia tenido *in dicto consilio 169. num. 36.* y dixo, que no procederia aunque el testador vsasse de la palabra possessiua *Mea*, si despues de auer llamado a todos sus descendientes, llamasse a los de su familia, siendo asi que no tenia otros de su familia efectiua, o que se pudiesse entéder comprehendidos en el llamamiẽto de su familia, tomando la palabra *Familia* por sola la efectiua, y actiua: q̃ en tal caso dize se deue entéder de la familia cõtetiua, y pasiua, y tenerse por llamados los transuersales de la fa-

milia

milia del padre del testador; y es resoluciō ajustada a derecho, pues en essos terminos, si se huuiera de entender la familia efectiua solamente estando ya todos llamados, fuera superflua la mencion de la familia, lo qual aborrece el derecho, y quiere que no aya palabra en la disposicion, en especial testamentaria, absque virtute aliquid operandi. *l. si quando. ff. de legatis primo*, quam multis exornauit Mieres *de Maioratib. p. 1. q. 6. à num. 5.* Petris *de interp. Vlt. Vol. lib. 2. interp. 3. dubit. 2. solut. 5. à princ.* Cassanate multis relatis *cons. 10. num. 99.* Y para que obre algo en los terminos en que vá hablando Fussario en dicha limitacion, es fuerça que la palabra *Familia*, etiam addito verbo *Mea*, se entiéda de la contentiua, y passiua, conque obra llamamiento de los transuersales, que no se comprehenden en la familia efectiua, como es assentado. Veamos pues si nos hallamos en los terminos de la limitacion de Fussario. El Fundador de nuestro Vinculo, y Mayorazgo, de los autos consta que tuuo tres hijos, y vn nieto, y tambien consta, que a los tres hijos, y sus descendientes los llamò a el dicho Vinculo, y mejora de tercio, y quinto con llamamientos expressos, e indiuiduales, y que al nieto expressamente excluyò de la sucesion, conque no tenia para que hazer llamamiento de los parientes de su generacion en sentido efectiuo, y actiuo, y es fuerça confessar que fue superfluo, y sin efecto alguno: sed hoc est absurdum in iure, como acabamos de dezir: luego para que lo euitemos, y que el dicho llamamiento de pariente no estè superfluo, y sin poder obrar cosa alguna, es precisso que la palabra, *Mi generacion* que puso el testador, se entienda in sensu contentiuo, & passiuo, porque entendido assi, no serà superfluo, y obrarà lo que pretendemos, conuiene a saber, llamamiento de los transuersales, respeto del Fundador.

28 Lo septimo, porque en proprios terminos, scilicet, quòd vocata generatione dicantur vocati omnes, qui vocati censentur vocata parentella & familia, pro constanti docent Paulus de Castro *in l. 1. ff. de probat.* Ripa *in l. ex facto. num. 6. ff. ad Trebelli.* Menochius *de præs. lib. 4. præs. 88. num. 7.* Ittrigolis *de subst. cent. 3. q. 83. num. 6.* Fussarius *de substit. q. 329. num. 7 versic. quarto dicitur.* Sed sic est, quòd vocata parētella veniūt omnes transuersales, vt lato calamo ex multis dixit D. Castellus *de cap. 93. §. 18. num. 10. & 11.* Ergo vocatis his, qui sunt de generatione, veniunt omnes transuersales deficientibus descendentibus.

tibus. Y solo lo q̃ puede tener duda, es si vendràn solos los transversales del testador, o tambien los del vltimo posseedor: porq̃ la Rota Romana apud Farina. *dec.513.num.1.* lo entendiò de los vnos, y de los otros. Y Fusario refiriendo esta mesma decision, siente lo contrario, y que solo se deue entender de la parentela del testador *in tract. de subst. q. 365. num. fin.* Pero quando estemos por la opinion de la Rota, no nos obsta, pues D. Francisco se halla en la parentela, tanto del Fundador, como de sus descendientes. Y en proprios terminos de nuestro pleyto, auiendo resuelto Mieres *d. q. 6. num. 392.* que la palabra *Generacion* comprehende a los transversales eiusdem generis, & familiæ testatoris, en el *num. 393.* dize assi. *Ex quibus infertur, quod si quis habeat facultatem faciendi Maioratum in aliquem de generatione, potest facere talem Maioratum in consanguineum, siue ex parte matris, siue ex parte patris, quod notandum est.* Refert, & probat D. Castellus *d. §. 18. num. 3. circa finem.*

29 Y finalmente se suplica a V. Mrd. cargue la consideracion en que el dicho D. Francisco de la Milla con su pretension trata de que este Vinculo, y Mayorazgo se conserue, ajustandose a la voluntad del testador, assi expressa en las palabras de la clausula que quedan ponderadas, como tacita, y presumpta por la ley de la conseruacion, y perpetuidad de los Mayorazgos: y que el dicho D. Iuan Caro de Guzman trata de destruir, y limitar el dicho Vinculo, y que se juzgue por acabado, y fenecido, valiendose para esto de inteligencias violentas, como lo son, el querer que la palabra *Pariente mas propinquo*, contra su verdadero significado, se entienda de los descendientes por linea recta, y que solo en el caso deste pleyto se puso para incluyr a el nieto, que expressamente dexò excluydo en la mesma clausula: y que las palabras *Generacion, y Descendencia*, se limiten a solos los de la descendencia, y generacion efectiua, y actiua del dicho Fundador, y no de la contentiua, y passiua, quebrãtando todos los principios legales que dexamos ponderados, y presumpciones juridicas, que assisten a el dicho D. Francisco, queriendo que se entienda que el Fundador quiso limitar su Vinculo, siendo assi que como hombre noble, y principal amò tanto el apellido de *Velazquez*, de donde venia, q̃ expressamente mandò, que si alguno de sus hijos a quien dexaua llamados, no se llamasse de su apellido *Velazquez* perdiesse el Vinculo, y passasse al otro que conseruasse el apellido de *Velazquez*: que no pudo ser mayor

yor demonſtracion de la voluntad que tenia de conſeruar, y perpetuar el dicho apellido, lo qual conſeguia llamando a los tranſverſales de ſu generacion contentiua, y no limitandole a la generacion efectiua. Y admitiendoſe oy al dicho D. Franciſco de la Milla, ſe irà conſeruando el apellido, y memoria de el dicho Fundador. Y de dar lugar a la pretenſion del dicho D. Iuan Caro, que es de que los bienes quedaron ya libres del dicho Vinculo, el apellido de los *Velazquez*, que tanto amò el Fundador, quedarà en perpetuo oluido, contra voluntatem teſtatoris, Cùm enim Fundator eſt de nobili familia, præſumitur ipſam voluiſſe conſeruare per ſua bana. *l. pater. §. Iulius. ff. de legis* 3. Decius *conſ.* 7. *num.* 25. *&* *conſ.* 38. *num.* 3. *verſi.* 5. Capitius *dec.* 108. *num.* 4. Tiraq. *de nobilit. cap.* 37. *num.* 23. D. Valençuela Velazquez *conſ.* 40. *num.* 19. vbi multa cumulat. Porque naturalmente los nobles ſon ambicioſos de honra, vt dixit Ariſtoteles *lib.* 2 *Rhetoricor. cap.* 15. Tiraquel. *vbi proximè, cap.* 23. *num.* 1. expendit Caſſanate *conſ.* 45. *num.* 136. *&* 137.

30 Y quando con las inteligencias violentas de que ſe vale el dicho D. Iuan Caro, el punto deſte pleyto ſe pueda tener (que no puede) por dudoſo; comun reſolucion es de todos los Autores del Reyno, que en contienda ſobre ſi el Mayorazgo, y Vinculo ha fenecido ya, o todauia tiene ſu exiſtencia, y ſe deue continuar, y conſeruar ſu perpetuidad, que ſe deue juzgar, y ſentenciar en fauor del que pretende que todauia dura, y tiene exiſtẽcia el Vinculo, y Mayorazgo, contra el que pretende auer ya fenecido, y quedado los bienes libres, vt dixit Mieres *de Maioratib. p.* 4. *q.* 29. *num.* 19. *in noua edit.* ibi: *De vno autem notabili lectores animaduerto, quod dabit commodum, & honorem. Quod ſi dubitetur, an Maioratus extinctus ſit, vel adhuc duret? & ſic an bona remaneant libera, vel reſtitutioni, vel Vinculo ſubiecta? In dubio iudicandum eſt Maioratum non eſſe extinctum, nec bona eſſe libera, propter honorem, & authoritatem Regno, & Reipublicæ reſultantem, ex conſeruatione Maioratuum, pro vt in alijs locis animaduerto ex l.* 2. *tit.* 15. *p.* 2. *& aliorum iurium concordantium:* Sequitur, & veriſſimum conſtituit eſſe D. Caſtellus *d. tom.* 6. *cap.* 143. *§. vnico num.* 2. Y eſta reſolucion no ſolo procede en los Vinculos, y Mayorazgos de Eſpaña, que tienen por ſi peculiares razones para ello, que juntan los DD. citados, præcipuè quia fauorabiles ſunt, atque propter bonum publicum introducti, & ideò ampliari debent, ſecundùm tradita à Molina

dict.

d.cap.4.num.28.& cap.18.per tot. Burgos Iunior *d.q.2.num.36.* Zeuallos *q.674.á nu.11.* & sequitur Castellus *d.cap.22.nu.84. 84.circa medium.* Pero tambien en los fideicommissos que conociò el derecho comun, y que aunque algunos dixeron que en duda se deue juzgar no auer fideicommisso, por contener onus, & odium. *l. cùm hæredi. §. cùm filia. ff. de vulg.* & tenent relati à D.Castello *d.cap.22.num.84.* La mas comun de resolucion es la que distingue inter fideicommissum de nouo inducendum, & fideicommissum iam inductum, y q̃ en el primer miembro desta distincion se deue juzgar por la libertad de los bienes: pero en el segundo, hoc est, quando ya el fideicommisso tuuo su principio, y existencia. Y solo se duda, de si todauia dura, o se acabò: se deue juzgar por la existencia, y duracion del fideicommisso. Ita Pereg. *de fideicom. art.1. num.26. &* 40. Menochio *cons.150.num.60. & cons. 232. nu.29. & cons.393. num. 57. & de præs.lib.4.præs.67.num.19. &* 26. Simon de Petris *de interp. vlti. vol. lib.3. interp.3. dubit.1. solut.3. num.8. & 10. & 15.* Cassanate *cons.45.num.110.*

30 Conque parece, que pretende bien el dicho Don Francisco, se pronuncie en su fauor, enmendando la sentencia de Vista, y assi lo esperamos. Salua en todo la dignissima correccion de V.Mrd. &c.

Lic. D. Diego de Cuellar Velazquez.